



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

GIOVANNA SENEDESE

**A MULHER ENCARCERADA
DISCUSSÃO A RESPEITO DA DECISÃO DO STF NO HC 143.641/SP E SEU
IMPACTO NA LEI 13.769/2018**

Brasília

2019

GIOVANNA SENEDESE

**A MULHER ENCARCERADA
DISCUSSÃO A RESPEITO DA DECISÃO DO STF NO HC 143.641/SP E SEU
IMPACTO NA LEI 13.769/2018**

Artigo Científico apresentado a Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Humberto Fernandes de Moura

Brasília

2019

GIOVANNA SENEDESE

**A MULHER ENCARCERADA
DISCUSSÃO A RESPEITO DA DECISÃO DO STF NO HC 143.641/SP E SEU
IMPACTO NA LEI 13.769/2018**

Artigo Científico apresentado a Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Brasília, _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Humberto Fernandes de Moura
Orientador

Examinador

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	4
2 O PROBLEMA DA MULHER GRÁVIDA ENCARCERADA	6
2.1 Do problema social: dados.....	6
2.2 Da previsão jurídica aplicada	12
3 A SOLUÇÃO DADA PELO STF	16
4 LEI 13.769/18.....	20
5 CONCLUSÃO	27
REFERÊNCIAS.....	30

A MULHER ENCARCERADA: DISCUSSÃO A RESPEITO DA DECISÃO DO STF NO HC 143.641/SP E SEU IMPACTO NA LEI 13.769/2018

Giovanna Senedese

RESUMO

O presente artigo visa analisar a situação das mulheres gestantes e mães de crianças ou deficientes que se encontram sob a custódia do Estado na perspectiva da Lei 13.769/18, com o objetivo de demonstrar a sua pertinência e importância jurídica. Para tanto, será dividido em três partes. Inicialmente será dado um panorama de quem são essas mulheres, por meio de dados e levantamentos, bem como a condição em se encontram presas e as consequências desse encarceramento para seus filhos. Nesse momento inicial será abordada toda a legislação pertinente ao tema, a fim de se demonstrar a inaplicabilidade desses dispositivos nos casos concretos. Na segunda parte será exposto o Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP, que teve grande repercussão para essa questão, já que resultou na edição da referida Lei. Por fim, em um terceiro momento, será analisada a Lei 13.769/18, que estabelece a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para essas mulheres e disciplina o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Serão mostrados os desdobramentos e discussões a seu respeito, a fim de que fique demonstrada sua importância tanto para proteção integral da criança e do deficiente, quanto para reduzir o encarceramento em massa de mulheres, oriundo de prisões provisórias.

Palavras-chave: Lei 13.769/18. HC 143.641/SP. Encarceramento feminino. Grávidas encarceradas.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo verificar se a edição da Lei 13.769/18 resolveu juridicamente o problema decorrente das grávidas e mães com filhos menores ou deficientes encarceradas.

O tema revela-se importante porque no atual cenário das penitenciárias brasileiras, vive-se uma cultura do encarceramento, no qual mesmo sendo notória a ineficiência da reclusão como forma de redução das taxas de criminalidade, e com dispositivos legais permitindo formas alternativas de execução da pena, ela continua sendo feita.

Assim, esse artigo mostrará as causas do encarceramento feminino e as mudanças que foram feitas na legislação a fim de reverter esse cenário, especialmente por se tratar de mulheres em uma condição especial – a gestação - e seus filhos - crianças e pessoas com deficiência- que têm assegurados direitos e proteção integrais.

Para bem analisar o tema, o artigo será dividido em três seções.

Na primeira seção será analisada a problemática da mulher encarcerada. Na primeira parte, abordará os dados e levantamentos a respeito de quem são essas mulheres, os delitos que cometeram e as condições que se encontram nas penitenciárias. Além de estudos e exposições a respeito das crianças que são encarceradas com as suas genitoras e aquelas que perdem esse vínculo materno, bem como as consequências disso.

Na segunda parte da primeira seção serão abordadas as principais normas que regulam o tema, sua consequente inaplicabilidade e ineficiência e a edição do Marco da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), que ao promover mudanças na legislação, tentou regularizar a questão.

Na segunda seção será examinado Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP, que apontou como pacientes todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade e teve por objeto a conversão de prisão cautelar em prisão domiciliar (BRASIL, 2018a). O tema revela-se de suma importância, já que sua impetração se deu como consequência do Marco da Primeira Infância, e assim, será apresentada a solução que o Supremo Tribunal Federal deu ao julgar o *writ*.

Na terceira seção serão apontadas as consequências do julgamento do Habeas Corpus e a edição da Lei 13.769/18, que surgiu na sequência dessa decisão e positivou o entendimento dado pela Suprema Corte. Serão abordados também os desdobramentos dessa nova lei e o entendimento que tem prevalecido no momento da sua aplicabilidade a luz do caso concreto.

2 O PROBLEMA DA MULHER GRÁVIDA ENCARCERADA

Nos dois seguintes tópicos serão mostradas as causas fáticas e jurídicas que geram o problema das mães de crianças que se encontram sob a custódia do Estado. Em um primeiro momento será abordado, por meio de dados e pesquisas do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, quem são as mulheres presas, o cenário em que se encontram - especialmente no que diz respeito às acomodações para gestantes e lactantes e a disponibilidade de berçários e creches – bem como as consequências desses encarceramentos para seus filhos.

Em seguida, serão abordados os principais dispositivos legais que regulavam o direito à maternidade no cárcere e a proteção integral da criança, até o momento precedente à impetração do Habeas Corpus 143.641/SP, e a forma como esses dispositivos eram desrespeitados, em decorrência lógica dos dados apresentados no tópico anterior.

2.1 Do problema social: dados

No presente tópico será dada uma breve explicação, por meio de dados e estatísticas, a respeito de quem são as mulheres encarceradas, quais são seus delitos e sua relação com o gênero, além de mostrar, dentro desse panorama, a situação em que se encontram seus filhos.

É possível verificar no contexto da sociedade brasileira desse século, a partir da análise da população carcerária feminina e dos dados coletados nas pesquisas sobre mulheres que cometeram delitos, quais são as mulheres mais suscetíveis de serem submetidas ao sistema prisional, quais condutas são controladas com maior rigor pela justiça criminal e, em que medida o gênero é relevante no estudo do complexo fenômeno da criminalidade.

Apesar do fenômeno da superpopulação carcerária ser uma tendência mundial, o Brasil, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) – com dados consolidados referentes a todo o ano de 2015 e o primeiro semestre de 2016 - além de estar entre os três países com maior número de pessoas presas no mundo, apresentou a maior taxa de crescimento da última década. (BRASIL, 2016)

A explicação para isso é a continuidade do processo de encarceramento como principal mecanismo de controle social e seu desenfreado uso para solução de questões socioeconômicas, desacompanhado de políticas públicas efetivas voltadas para a substituição do cárcere por formas mais razoáveis de prevenção do crime. Nem mesmo alterações legislativas que introduziram medidas cautelares alternativas a prisão processual foram capazes de reduzir o encarceramento em massa. Essa é a fórmula para que os índices de aprisionamento subam de forma contínua.

Segundo Walmsley (2012 apud ISHIY, 2014, p. 93), atualmente, o Brasil possui cerca de 35.223 presidiárias, que representam 6,41% da população carcerária nacional. Apesar desse índice ser relativamente baixo, ao longo da última década, o ritmo de crescimento da população feminina presa tem sido maior do que o da masculina, sendo esse aumento uma tendência mundial.

A intensificação do processo de aprisionamento das mulheres tem sido frequentemente relacionada aos movimentos feministas emancipatórios e interpretada como resultado da inserção das mulheres no mercado de trabalho e da mudança de comportamento na sociedade. Mas, o ritmo acelerado de crescimento populacional nas prisões, tanto feminina, quanto masculina, também deve levar em conta os reflexos da atual política criminal de encarceramento e da dinâmica da relação entre o tráfico de drogas e a polícia, e não apenas as mudanças socioculturais decorrentes dos movimentos feministas. (ISHIY, 2014, p. 96).

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres, 50% da população prisional feminina é formada por jovens, consideradas até 29 anos; e 62% é composta por mulheres negras; 66% da população prisional feminina ainda não acessou o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental. Apenas 15% da população prisional feminina concluiu o ensino médio. Entre esta população, destaca-se a concentração de pessoas solteiras, que representam 62% da população prisional. (BRASIL, 2018b)

Além disso, muitas delas são mães solteiras e revelam históricos de violência física ou sexual na infância, adolescência e até mesmo pelos policiais e carcereiros (MUSUMECI; ILGENFRITZ, 2002 apud ISHIY, 2014, p.100). Esse levantamento de dados não cria uma categoria de mulheres criminosas, mas mostra que determinadas pessoas são, de fato, mais vulneráveis ao sistema de justiça criminal.

Ainda conforme com o Infopen, de modo geral, pode-se afirmar que os crimes relacionados ao tráfico de drogas correspondem a 62% das incidências penais pelas quais as mulheres privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento em 2016, o que significa dizer que 3 em cada 5 mulheres que se encontram no sistema prisional respondem por crimes ligados ao tráfico. Em sequência, vêm os crimes de roubo (11%) e furto (9%). (BRASIL, 2018b)

Em se tratando das mulheres condenadas por crimes relacionados às drogas, um estudo realizado pela Associação Internacional de Redução de Danos (2012 apud ISHIY, 2014, p. 101) relata que a maior parte delas apresenta históricos de abuso sexual e físico, coexistindo distúrbios psicológicos, baixa autoestima e doenças sexualmente transmissíveis. Essas mulheres são geralmente desqualificadas, mães solteiras, sem suporte da família ou economicamente dependentes do companheiro, envolvido no tráfico de drogas.

As mulheres presas por tráfico de drogas (SOARES; IIGENFRITZ, 2002) - indicam pesquisas - estão inseridas predominantemente em atividades periféricas, subsidiárias e vulneráveis: são “buchas”, consumidoras, “mulas” ou “aviões”, “vapores”, “cúmplices” e “assistentes/ fogueteiras”.

O Relatório sobre Mulheres Encarceradas no Brasil aponta as consequências do fator gênero nesse cenário:

Todo o quadro acima apresentado é revelador da dinâmica de desequilíbrio e desigualdade de poder nas relações de gênero na sociedade e de como isso impacta sobremaneira as mulheres quando vivenciam uma situação de encarceramento. São todas situações exemplares do quanto o padrão de discriminação sofrido pelas mulheres na sociedade se reflete e se reproduz ainda mais cruelmente na realidade vivida pelas mulheres encarceradas. Claramente presente aqui estão, pelo menos: a construção social de estereótipos de gênero, a tradicional divisão de papéis sociais em nossa cultura marcadamente machista e patriarcal e a estigmatização das mulheres denunciadas há séculos, e que vão sendo cultuadas, reforçadas e reproduzidas ativamente pelo protagonismo carcerário do Estado. (CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL, 2007, p. 40)

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias mostra que 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos, enquanto no mesmo período observado, 53% dos homens que se encontram no sistema prisional declararam não ter filhos. Isso, de acordo com o levantamento, apontam para uma importante

desigualdade na distribuição de filhos entre homens e mulheres no sistema prisional e demandam, assim, a formulação de serviços e estruturas penais capazes de responder, por um lado, à possibilidade de institucionalização da criança e, por outro, aos efeitos da separação da mãe na vida das crianças e comunidades. (BRASIL, 2017, p. 51)

Nesse cenário, o levantamento ainda aponta que dentre o total de estabelecimentos femininos ou mistos que contam com cela ou dormitório adequado para custodiar gestantes, apenas 55 unidades em todo o país declararam apresentá-lo, o que representa 16% do total. (BRASIL, 2017).

O Infopen ainda acrescenta:

Em relação à capacidade de oferecer espaço adequado para que a mulher privada de liberdade permaneça em contato com seus filhos e possa oferecer cuidados ao longo do período de amamentação, a Tabela 8 demonstra que apenas 14% das unidades femininas ou mistas contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil, que compreendem os espaços destinados a bebês com até 2 anos de idade. As unidades que declararam ser capazes de oferecer este espaço somam uma capacidade total para receber até 467 bebês. (BRASIL, 2017, p. 32)

A respeito das crianças inseridas nesse contexto, o levantamento aponta que, apenas 3% das unidades prisionais do país declararam contar com espaço de creche, somando uma capacidade total para receber até 72 crianças acima de 2 anos e que o total de crianças em presídios de 0 a 3 anos, até o 2017, era de 1.111. (BRASIL, 2017)

Assim, a inexistência desses espaços, que permitam a amamentação e o desenvolvimento saudável da criança, impõe improvisação de berçários em celas, onde o tratamento desumano dado às mulheres presas estende-se a essas crianças, fazendo com que seus filhos sejam inseridos dentro desse ambiente hostil e insalubre.

A insalubridade dentro dos presídios é fato notório. Ainda assim, a ADPF 347 MC/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio reconheceu o estado de inconstitucionalidade dos presídios brasileiros em 2015, justamente devido ao problema da superlotação, assinalando em seu voto, que a maior parte desses detentos está sujeita a condições como torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida

imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. (BRASIL, 2015)

A situação torna-se ainda mais grave ao inserirmos gestantes, recém-nascidos, bebês e crianças dentro desse contexto, que por estarem em uma situação de fragilidade, correm risco de vida:

A maioria dos presídios brasileiros possui problemas referentes à superlotação e péssimas condições estruturais e de salubridade, predispondo a proliferação ou agravamento de diversas doenças infectocontagiosas, traumas, doenças crônico-degenerativas, além de transtornos mentais. Em algumas instituições as celas são improvisadas como enfermarias, dispondo de poucos equipamentos e profissionais qualificados. A carência de escolta policial dificulta que as presidiárias sejam levadas para tratamentos de saúde nos hospitais de referência. Há falta contínua de medicamentos e os tratamentos para diversas doenças acabam se reduzindo à prescrição de analgésicos para alívio dos sintomas. Praticamente inexistente o pré-natal e os programas voltados à prevenção dos cânceres de colo de útero e de mamas. Essas situações, que afetam quase todas as mulheres em sistema prisional, ficam ainda mais graves quando elas se encontram grávidas, tendo em vista a maior fragilidade física e emocional própria deste período. (MILITÃO; KRUNO, 2014, p. 76).

O Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias (2009) estabeleceu que deva ser garantida a permanência de crianças, no mínimo, até um ano e seis meses, visto que a presença materna nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança, que podem ficar comprometidos caso não haja uma relação que sustente essa primeira fase do desenvolvimento humana.

É o que afirma o professor Marinus H. van IJzendoorn (2005, p. 22) Ph.D. nos estudos sobre criança e família na Universidade de Leiden na Holanda:

O apego – o vínculo afetivo entre o bebê e o genitor – desempenha um papel central na regulação do estresse em momentos de aflição, ansiedade ou enfermidade. Os seres humanos nascem com uma tendência inata no sentido de se apegar a um cuidador protetor. Mas os bebês desenvolvem tipos diferentes de relações de apego: alguns bebês desenvolvem uma relação de apego seguro com seu genitor, e outros encontram-se em uma relação de apego inseguro. A implicação mais importante para políticas e saúde mental é que as práticas parentais de fato fazem diferença para o desenvolvimento socioemocional da criança.

A falta de creches nos estabelecimentos penais afeta também um elevado número de mulheres presas que possuem filhos menores e não contam com ajuda do pai ou de outros familiares na criação da criança. Atualmente, essas mulheres continuam sendo as principais responsáveis pela família, o que significa que encarcerá-las, afeta diretamente aqueles que estão sob seus cuidados.

Nesse sentido, Rogerio Greco (2010 apud ISHIY, 2014, p. 114) afirma que:

A ausência de planos estatais no sentido de aproximar a condenada de sua família dificulta, ainda mais, o cumprimento da pena, pois, além da dor pela separação, os filhos criados longe da presença materna tendem a não ter limites e, muitos deles, acabam também enveredando pelo caminho do crime. Assim, ao contrário do que em regra geral ocorre, o contato das presas com seus filhos, principalmente aqueles menores, que ainda estão em fase de formação de caráter, deveria ser facilitado, o que não se dá na prática.

Como não há estrutura para os filhos das detentas permanecerem nos presídios, é importante ressaltar que o destino dessas crianças muitas vezes é incerto, já que o vínculo familiar não se sustenta no período em que mãe está detida.

De acordo com o Relatório de Mulheres Encarceradas no Brasil, a Fundação Nacional de Assistência aos Presos (FUNAP) informa que apenas 20% das crianças ficam sob a guarda dos pais quando a mãe é presa, enquanto quase 90% dos filhos de presos homens permanecem sob os cuidados da mãe. A taxa de abandono, internação em orfanatos e até mesmo nas unidades de internação de crianças abandonadas corresponde a 1/5 dos filhos das presas. (CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL, 2007, p. 40).

Dessa forma, conclui-se que o encarceramento das mulheres se dá, na grande maioria dos casos, por mulheres desqualificadas, mães solteiras, que em algum momento da vida sofreram violência física e sexual, que não tiveram suporte familiar e que foram denunciadas pelo crime de tráfico de drogas, geralmente por influência dos companheiros.

Depreende-se que os ciclos de gestação e puerpério desassistidos geram riscos de morte da mãe, do feto e da criança. Afetam, de forma permanente o desenvolvimento dessa criança, que por ser separada da mãe, tem os vínculos fundamentais de um processo de socialização e integração prejudicados. Assim, o

cárcere das genitoras viola os direitos dessas crianças, mostrando que o sistema prisional e o sistema de justiça criminal têm se apresentado como óbices à consolidação de políticas verdadeiramente universais de proteção integral.

2.2 Da previsão jurídica aplicada

Neste tópico será abordado, de forma sucinta, os principais dispositivos legais que regulam o direito à maternidade no cárcere. Tanto a proteção à maternidade quanto proteção integral da criança são direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. O art. 5º, L da CF assegura às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, enquanto o art. 227 da Constituição Federal garante os direitos das crianças. (BRASIL, 1988).

Outros diversos diplomas normatizam os direitos das mulheres que se encontram em situação de privação de liberdade, no âmbito prisional, como as Regras de Bangkok, as Regras de Mandela, a Lei de Execuções Penais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros.

A Lei de Execuções Penais reconhece a obrigatoriedade da construção de berçários e creches nas unidades prisionais femininas, no intuito de que o direito à maternidade seja viabilizado a essas mulheres quando custodiadas em prisões sob a responsabilidade do Estado brasileiro, estabelecendo o seguinte:

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

I – Atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas;

II – Horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. (BRASIL, 1984).

De acordo com o que é estabelecido pelas normas de direito nacional e internacional, a mulher no período gestacional e de amamentação deve receber um tratamento diferenciado, justamente por ocupar uma posição singular. A preocupação deve ser ainda maior quando se trata de ambientes de total confinamento como são os cárceres.

O artigo 14, §3º da Lei de Execução Penal prevê assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, que compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico, e assegura acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. (BRASIL, 1984).

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 9º, garante que poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade. (BRASIL, 1990)

Todas essas normas em conjunto buscam assegurar o melhor interesse à criança, alcançado quando lhe é garantido o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos (art. 15 do ECA). Deve-se, em resumo, colocar criança a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, degradante, vexatório ou constrangedor. (BRASIL, 1990)

Diante da importância desse tema, em 2016, foi editado o Marco da Primeira Infância (Lei 13.257/2016) que estabeleceu princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, em consonância com os princípios e diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para tanto, alterou alguns artigos do mencionado Estatuto, da Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal.

As alterações no ECA se deram, principalmente, no seu Capítulo II, que versa sobre o direito à vida e à saúde, e no que diz respeito às gestantes e mães que se encontram encarceradas:

Art. 8º, § 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade

Art. 8º, § 10 Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança. (BRASIL, 1990).

A Lei da Primeira Infância também promoveu alterações no Código de Processo Penal, afim de viabilizar a concessão da prisão domiciliar às presas provisórias, em duas situações especificamente direcionadas à maternidade: I) quando a presa estivesse gestante; e II) quando a presa possuísse filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (BRASIL, 2016)

A grande questão no que diz respeito às previsões jurídicas mencionadas se dá quanto à aplicabilidade. Assim, apesar de haver normas que disciplinam como deve ser a maternidade dentro dos presídios, elas não surtem os efeitos desejados na prática.

O fato da maioria dessas unidades ter sido construída para receber homens e posteriormente se converteu em unidades prisionais femininas faz com que a estrutura seja improvisada. Desse modo, não há espaço apropriado – que é assegurado na legislação – para amamentação, berçário e creche, que seria imprescindível para a acomodação de mães e seus filhos que nascem sob a custódia do Estado.

A inexistência desses espaços, que serviriam para os cuidados necessários para o desenvolvimento saudável da criança e para amamentação, obriga as mães a improvisarem berçários em celas, onde o tratamento desumano dado às mulheres presas estende-se a essas crianças, em total desrespeito à legislação vigente.

Ainda em desconformidade com os preceitos legais, o Relatório de Mulheres Encarceradas no Brasil aponta que a precária assistência à saúde, falta de profissionais da área médica e do acesso ao Sistema Único de Saúde (SUS) afeta especialmente as gestantes, que a despeito do artigo 14, §3º da LEP, o qual assegura a essas mulheres o acompanhamento médico, não realizam os exames do pré-natal, expondo a saúde da mulher e da criança, a vários riscos, inclusive de contaminação em casos de doenças sexualmente transmissíveis. (CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL, 2007).

O referido Relatório, em seu capítulo V, afirma que:

As brasileiras encarceradas, quando grávidas, sofrem mais com o descumprimento das normas constitucionais, ao não terem garantido o direito à assistência médica especializada durante o período gestacional: a maioria durante a gravidez, não realiza um único exame laboratorial de imagem, expondo a saúde da mulher e do feto a vários riscos, inclusive de contaminação em casos de doenças sexualmente transmissíveis, AIDS, tuberculose, muitas vezes desconhecidas até o momento posterior ao parto. A vaga em estabelecimento que permita a internação pós-parto, com local apropriado para receber a detenta e seu filho, não é direito assegurado para a grande parcela de parturientes no sistema prisional, uma vez que são raras as unidades prisionais que contemplam esse tipo de acomodação com berçário apropriado. Na maioria das unidades prisionais, especialmente nas Cadeias Públicas o berçário é uma cela improvisada, com as mesmas características de insalubridade comuns a esses locais. (CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL, 2007, p.38)

Além disso, nem mesmo as alterações que foram trazidas com o Marco da Primeira Infância foram capazes de sanar os problemas estruturais dos presídios, e apesar de incluir no Código de Processo Penal a possibilidade de conversão da prisão preventiva para a domiciliar para as mulheres que são mães de crianças, na prática, tal medida não era concedida.

Assim, a problemática no que tange à previsão jurídica se dá em sua materialização. As leis específicas para atender às necessidades peculiares da gestação e maternidade no cárcere, para a proteção da criança que se encontra em tal situação e até para conversão da pena em medidas alternativas existem. Ocorre que, na prática, não são aplicadas, e conseqüentemente não surtem os efeitos esperados.

3 A SOLUÇÃO DADA PELO STF

O presente tópico irá abordar o Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP, que foi impetrado, com pedido de medida liminar, por membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (2017), em favor de todas as mulheres presas preventivamente que se encontravam na condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças.

É importante ressaltar que aqui não será abordada a questão da competência do Supremo Tribunal Federal para julgar o caso, a legitimidade ativa das partes ou a admissibilidade do HC em sua forma coletiva, que, apesar de terem sido alvo de muita discussão no momento da impetração, o Supremo reconheceu o seu cabimento, sem objeções, e adentrou ao mérito.

O pedido do Habeas Corpus mencionou o impacto desproporcional que ficou ainda mais evidente com a prisão preventiva da ex-primeira dama do Estado do Rio de Janeiro, Adriana Ancelmo, que foi prontamente substituída pela prisão domiciliar pelo Tribunal Regional Federal da 2ª região. O caso, que simplesmente indicou a forma correta da aplicação da lei penal, acabou escancarando a seletividade da justiça.

Nesse sentido, o pedido da impetração do Habeas Corpus 143.641/SP afirmou:

A esse respeito, convém reiterar o impacto de uma sociedade desigual na pavimentação do acesso à justiça. Estudiosos da administração da justiça constataam uma complexa teia de condicionantes que determinam a experiência concreta de indivíduos e resultam na assimetria da defesa de seus interesses. Para além de obstáculos econômicos, o exercício do acesso efetivo à Justiça também é modulado por fatores sociais e culturais, cujo enfrentamento depende da clareza sobre suas causas e da formulação de respostas adequadas. No Brasil, mesmo com a criação de uma instituição pública para a defesa e promoção sistemática dos interesses de pessoas pobres, seu alcance insuficiente ainda se faz notar nas falas aqui registradas de mulheres que não tiveram contato com seu defensor ou advogado; que não tiveram oportunidade de defesa no âmbito dos processos que lhes implicou a perda do poder familiar sobre os filhos; que se referem à Justiça com desconfiança. (COLETIVO DE ADVOGADOS EM DIREITOS HUMANOS, 2017)

Em consultas feitas por meio da ferramenta de busca do STJ, constatou-se que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar para mulheres gestantes ou com filhos pequenos foi negada em aproximadamente metade dos casos. Os argumentos para isso, vão desde a considerações sobre as condições pessoais da mulher, apurada a partir da gravidade do delito supostamente praticado, até a alegação de necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto. (COLETIVO DE ADVOGADOS EM DIREITOS HUMANOS, 2017)

Tendo sido reconhecida a deficiência de caráter estrutural no sistema prisional sem percalços, mesmo porque a ADPF 347 MC/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, já tinha declarado o estado de inconstitucionalidade dos presídios brasileiros em 2015, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do HC, reconheceu a necessidade de conter o número de prisões provisórias decorrentes de possíveis excessos na forma de interpretação e aplicação das legislações penal e processual, e afirmou:

Há, como foi reconhecido no voto, referendado por todos os ministros da Corte, uma falha estrutural que agrava a “cultura do encarceramento”, vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Tal decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças. (BRASIL, 2018a, p. 23)

No voto do julgamento desse Habeas Corpus, o Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu a incompatibilidade da situação com os parâmetros constitucionais:

O cuidadoso trabalho de pesquisa de Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, constante da inicial, revela, inclusive por meio de exemplos, a duríssima - e fragorosamente inconstitucional - realidade em que vivem as mulheres presas, a qual já comportou partos em solitárias sem nenhuma assistência médica ou com a parturiente algemada ou, ainda, sem a comunicação e presença de familiares. A isso soma-se a completa ausência de cuidado pré-natal (acarretando a transmissão evitável de doenças graves aos filhos, como sífilis, por exemplo), a falta de escolta para levar as gestantes a consultas médicas, não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões, sem contar os abusos no ambiente hospitalar, o

isolamento, a ociosidade, o afastamento abrupto de mães e filhos, a manutenção das crianças em celas, dentre outras atrocidades. Tudo isso de forma absolutamente incompatível com os avanços civilizatórios que se espera tenham se concretizado neste século XXI. (BRASIL, 2018a, p. 15)

A atuação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de minimizar esse quadro, foi plenamente condizente com os textos normativos que integram o patrimônio mundial de salvaguarda dos indivíduos colocados sob a custódia do Estado, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, os Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, a Convenção das Nações Unidas contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela).

O ministro cita ainda um trecho que utilizou para apresentação das regras de Bangkok, durante sua presidência no Conselho Nacional de Justiça e afirma que embora se reconheça a necessidade de impulsionar a criação de políticas públicas de alternativas à aplicação de penas de prisão às mulheres, é estratégico abordar o problema primeiramente sob o viés da redução do encarceramento feminino provisório. De acordo com as Regras de Bangkok, deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado.

A abordagem dessa questão sob a perspectiva da diminuição do encarceramento feminino é de suma importância. Não só porque a cultura do encarceramento não resolve os problemas da criminalidade na prática, mas principalmente porque se trata de prisão preventiva. Sendo assim, como ainda não houve o trânsito em julgado, muitas dessas decisões são convertidas em absolvição, no fim das contas.

Além do descumprimento do art. 227 do texto magno, o qual estabelece os direitos básicos das crianças, o art.5º, XLV da Constituição Federal que garante que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, também está sendo contrariado, já que no caso das mulheres presas, a privação de liberdade e suas nefastas consequências estão sendo estendidas aos seus filhos. (BRASIL, 1988)

Diante desse cenário, foi editado o Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), que modificou alguns aspectos do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal e teve implicação direta e de grande relevância, tanto para a impetração quanto para o julgamento do mencionado writ.

O art. 318 do Código de Processo Penal teve a seguinte redação:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

IV - Gestante;

V - Mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (BRASIL, 1941)

Com a nova redação restou dúvida de que parâmetros deveriam ser utilizados para a substituição de que se trata a lei. A resposta, segundo as autoras e as *amici curiae* do Habeas Corpus em questão, foi de considerar que o “poderá”, constante do caput do artigo, deveria ser lido como “deverá”, para evitar que a discricionariedade do magistrado fosse, na prática, usada de forma a reforçar a cultura do encarceramento.

Já para a Procuradoria-Geral da República, a resposta devia ser formulada sempre considerando a particularidade do caso em concreto. Essa abordagem, contudo, parece ignorar as falhas estruturais de acesso à Justiça, uma vez que encarceramento feminino ocorre de forma discriminatória e seletiva, já que tem impacto desproporcional sobre as mulheres pobres e suas famílias.

Diante de soluções díspares e para evitar a arbitrariedade judicial que tem suprimido Direitos Fundamentais, o ministro entendeu que a melhor saída consistia em conceder a ordem do *habeas corpus*. Em suas palavras:

Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser

devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício. (BRASIL, 2018a, p. 33).

É válido ressaltar que a extensão da ordem de ofício foi dada às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.

Diante desse cenário, o Habeas Corpus se mostrava como o remédio constitucional mais rápido e eficiente para contornar a situação. Até que fossem tomadas todas as providências necessárias para que os presídios femininos estivessem em conformidade com o que está estabelecido na lei (aqui mencionada de forma genérica, uma vez que o desrespeito normativo vai desde a Constituição Federal até a LEP), a saída encontrada foi determinar de forma expressa a conversão da prisão preventiva para a domiciliar para todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência.

4 LEI 13.769/18

No presente tópico serão abordadas as consequências da concessão do Habeas Corpus 143.641/SP e a Lei 13.769/18, que entrou em vigor em 20 de dezembro de 2018. A referida lei estabeleceu a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e disciplinou o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação (BRASIL, 2018e). O enfoque desse tópico será a referida substituição da pena.

Quando o Marco do Primeira Infância (Lei 13.257/2016) entrou em vigor, incluindo no artigo 318 do CPP os incisos IV e V, que concedia a possibilidade de conversão de prisão preventiva para domiciliar para as gestantes e mulheres com filhos de até 12 anos incompletos, havia discussão a respeito se essas hipóteses seriam facultativas ou obrigatórias. (BRASIL, 2016).

O STF, ao proferir a decisão do HC 143.641/SP, entendeu que, em regra, o benefício teria que ser concedido às mulheres que se enquadravam nessa situação, excepcionando àquelas que houvessem praticado crime mediante violência ou grave ameaça; contra seus descendentes (filhos e/ ou netos) ou ainda,

em situações excepcionalíssimas, na qual o magistrado deveria fundamentadamente explicitar o motivo de ter denegado o benefício. (BRASIL, 2018a)

Em 24 de Outubro de 2018, o Ministro Ricardo Lewandowski proferiu uma decisão em relação ao acompanhamento do cumprimento da ordem concedida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em habeas corpus coletivo. Nela, foi reiterado o pedido de concessão do Habeas Corpus uma vez que de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, até então, apenas 4% das mulheres tiveram a prisão substituída. (BRASIL, 2018a)

Após a ordem de concessão do Habeas Corpus, grande parte dos pedidos de conversão da prisão preventiva para a domiciliar – aproximadamente metade, de acordo com o relatório do referido writ - continuavam a ser denegados pelos magistrados, especialmente tendo como justificativa, motivo excepcional fundado do crime de tráfico de drogas. É o que se depreende pelos seguintes julgados:

CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR. DECISÃO CONSTRITIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. PRISÃO DOMICILIAR INCABÍVEL. ORDEM DENEGADA. 1. O entendimento do c. Supremo Tribunal Federal (HC coletivo nº 143.641) afastou a concessão de prisão domiciliar para mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes quando os crimes por elas praticados envolverem violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, devidamente fundamentadas pelo Juízo. 2. Na hipótese dos autos a paciente e seu comparsa transportavam quase 100 kg de maconha. Além disso, embora tenha comprovado que possui dois filhos menores, não comprovou que eles dependam exclusivamente de seus cuidados. 3. Ordem denegada. (DISTRITO FEDERAL, 2018).

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PEDIDO DE CONVERSÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA EM PRISÃO DOMICILIAR. MENOR SOB CUIDADOS DA AVÓ DESDE O NASCIMENTO. SUPERVENIENTE PERDA DA GUARDA DEFINITIVA. REEXAME PROBATÓRIO VEDADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal concedeu habeas corpus coletivo (HC 143.641/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski) às mulheres presas, gestantes, puérperas e mães de crianças menores de doze anos de idade ou portadoras de necessidades especiais, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus

descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas.² No caso, o indeferimento do pedido de substituição da custódia preventiva por prisão domiciliar foi devidamente fundamentado, pois, conforme ressaltaram as instâncias ordinárias, a criança não se encontra desamparada, vive sob os cuidados da avó materna desde o nascimento, tendo a Recorrente, inclusive, perdido a guarda definitiva.³ O Juízo de primeiro grau deixou consignado, ainda, que há fortes indícios de envolvimento da Recorrente em organização criminosa, de elevado número de participantes e estruturada para a tráfico de entorpecentes, circunstância apta a inviabilizar a concessão da prisão domiciliar em substituição ao encarceramento preventivo. Precedentes.⁴ Para se afastar as conclusões que justificaram a negativa do pedido de prisão domiciliar, seria necessário proceder ao revolvimento fático-probatório dos autos, o que não é cabível na via estreita do habeas corpus. Precedentes.⁵ Recurso ordinário desprovido. (BRASIL, 2018b)

Em decisão posterior, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que tal crime não poderia ser utilizado como fundamento para negar a concessão. Em suas palavras:

[...] esclareço que o fato de a presa ser flagrada levando substâncias entorpecentes para estabelecimento prisional não é óbice à concessão da prisão domiciliar e, em hipótese nenhuma, configura a situação de excepcionalidade a justificar a manutenção da custódia cautelar. Ademais, a concepção de que a mãe que trafica põe sua prole em risco e, por este motivo, não é digna da prisão domiciliar, não encontra amparo legal e é dissonante do ideal encampado quando da concessão do habeas corpus coletivo. Outrossim, não há razões para suspeitar que a mãe que trafica é indiferente ou irresponsável para o exercício da guarda dos filhos, nem para, por meio desta presunção, deixar de efetivar direitos garantidos na legislação nacional e supranacional. (BRASIL, 2018a)

Mesmo após essa decisão, o STJ continuou a entender que o crime de tráfico de drogas, apesar de cometido sem violência ou grave ameaça, guardava acentuada gravidade, como se depreende do seguinte julgado:

V - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641, determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas. VI - Na presente hipótese, verifica-se situação excepcionalíssima que impede a concessão do benefício, porquanto a paciente foi presa em flagrante realizando a mercancia e armazenamento de drogas ilícitas em sua própria residência, local onde se encontrava seu filho de 1 ano de idade, consoante

consignado no v. acórdão vergastado. Precedentes. (BRASIL, 2018d)

Na esteira da decisão do Habeas Corpus Coletivo proferido pelo STF, veio a Lei 13.769/18, em 19 Dezembro de 2018, alterando o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal e a Lei dos Crimes Hediondos, para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para a mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.(BRASIL, 2018e)

A nova lei, ao alterar de forma material o Código de Processo Penal, inserindo os artigos 318-A e 318-B, positivou o entendimento da Suprema Corte. Os artigos mencionados foram redigidos da seguinte forma:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - Não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

II - Não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código. (BRASIL, 1941)

Nota-se que o legislador não incluiu a possibilidade, ainda que de forma excepcional, de o magistrado negar a concessão do benefício de substituição, conforme o caso concreto. Além disso, no inciso II, falou em filho ou dependente e não descendentes.

De acordo com o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (2018) a aprovação da lei foi positiva, pois garante a aplicação de direitos previstos nas Regras de Bangkok em um contexto de encarceramento em massa de mulheres e uso excessivo de prisões provisórias. Na prática, afirmou que a decisão estabelece parâmetros de interpretação da lei, visando harmonizar as decisões judiciais e determinar sua aplicação obrigatória a partir de requisitos objetivos, devendo ser justificada a sua não aplicação.

O Instituto acrescenta que a Lei 13.769/2018 também incorpora alguns pontos da decisão do STF e estabelece no Código de Processo Penal critérios objetivos de substituição da prisão preventiva por prisão albergue domiciliar.

A problemática se deu quanto à possibilidade de o magistrado negar a concessão do benefício em caso de situação excepcionalíssima. Se por um lado a nova lei garante que não há mais a possibilidade de diferentes interpretações para as “situações excepcionalíssimas”, que acabam sendo impeditivos ao enquadramento das mulheres, mesmo quando atendiam aos requisitos objetivos, por outro não parece ser possível conceder tal benefício de forma generalizada e automática, sem levar em conta o caso concreto.

Rogério Sanches Cunha (2018), em seus breves comentários a respeito da nova lei, faz críticas ao legislador, afirmando haver a desconsideração do cometimento de crimes graves como o já mencionado tráfico de drogas, a participação em associações e organizações criminosas voltadas à prática do próprio tráfico, fraudes de grande vulto e até mesmo determinadas figuras tipificadas na Lei 13.260/16, que trata do terrorismo, e ainda afirma que:

A prisão domiciliar é, em si, uma medida de natureza cautelar e deve ser analisada sob as diretrizes estabelecidas no art. 292 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que as medidas previstas no Título IX devem ser aplicadas de acordo com a necessidade e com adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Ora, como apresentado, o novo dispositivo (art. 318-A) opõe-se abertamente às regras gerais para a concessão de cautelares, ignorando as circunstâncias do crime cometido, se a substituição é adequada e suficiente para impedir a reiteração delitiva e para garantir a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal. (CUNHA, 2018, p. 3)

O Centro de Apoio Operacional das Promotorias do Estado do Paraná (2019) realizou apontamentos sobre a prisão domiciliar, especificamente sobre a maternidade no cárcere e a Lei n. 13.769/2018, onde afirmou que, de toda forma, muito embora o legislador tenha sido omissivo, a possibilidade do Juízo fundamentar o indeferimento de qualquer medida cautelar é norma que figura como uma consequência lógica do próprio sistema que rege a aplicação das cautelares. Afinal, toda e qualquer medida cautelar de natureza pessoal está sujeita à cláusula de reserva de jurisdição.

Dessa forma, apesar de a lei ter como objetivo uniformizar as decisões, de forma a impedir que o magistrado utilize qualquer situação que considere grave como situação excepcionalíssima e negue a concessão do benefício, retirar sua discricionariedade também não parece ser o caminho mais adequado.

Diante desse cenário, o entendimento majoritário tem se pacificado no sentido de que apesar da hipótese de o juízo analisar o caso concreto e considerar a situação excepcional, como previsto no HC 143.641/SP, não estar positivado na nova lei, presume-se que o magistrado está autorizado a decidir pela concessão ou não da prisão domiciliar conforme o caso concreto.

Nesse sentido, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, da 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça, proferiu a seguinte decisão:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES, ALÉM DE PETRECHOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. CABIMENTO. ART. 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA FRATERNIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA. *HABEAS CORPUS* COLETIVO N. 143.641/SP. PREVALECE A APLICAÇÃO NA PARTE QUE A LEI NÃO REGULOU – SITUAÇÕES EXCEPCIONALÍSSIMAS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS POSITIVOS E NEGATIVOS PARA PRISÃO DOMICILIAR. CUMULAÇÃO COM MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ORDEM NÃO CONHECIDA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO. [...] 5. O art. 318-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.769/2018, estabelece um poder-dever para o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar de gestante, mãe de criança menor de 12 anos e mulher responsável por pessoa com deficiência, sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único), ressalvadas as exceções legais. 6. A normatização de apenas duas das exceções não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo no *Habeas Corpus* n. 143.641/SP, nos pontos não alcançados pela nova lei. O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o Magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Assim, deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança ou ao deficiente, cuja proteção deve ser integral e

prioritária.7. Assim, a separação excepcionalíssima da mãe de seu filho, com a decretação da prisão preventiva, somente pode ocorrer quando violar direitos do menor ou do deficiente, tendo em vista a força normativa da nova lei que regula o tema. (BRASIL, 2019a, grifo nosso)

Além disso, a principal questão tratada, não só pela nova lei, mas também pelo HC Coletivo é a proteção integral da criança. Dessa forma, ao analisar as circunstâncias à luz do caso concreto, de forma excepcional e fundamentada, pode-se chegar à conclusão que em determinadas situações a presença da mãe junto aos filhos pode ser prejudicial à formação de seus valores, personalidade e até mesmo sua segurança.

Ao se comparar dois Habeas Corpus que foram julgados no início desse ano pela 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se a importância de manter a discricionariedade do magistrado para analisar o caso concreto. No primeiro deles, foi reconhecida a existência de situação excecionalíssima e negado o pedido de prisão domiciliar, uma vez que a ré, presa em flagrante, era apontada como líder do tráfico de entorpecentes na região e exercia suas atividades mediante utilização de arma de fogo.

Nesse Habeas Corpus (AgRg no HC 426.526/RJ), de relatoria Ministro Joel Ilan Paciornik, havia informações de que a paciente mantinha em sua casa “boca de fumo” ligada ao Comando Vermelho. Dessa, forma concluiu-se acertadamente que manter a genitora afastada da residência e dos filhos mostrava-se a solução mais adequada para assegurar os direitos dos menores, sobretudo em razão do efetivo perigo atraído pela presença dela, decorrente do profundo envolvimento com a criminalidade e com ações de elevado risco pelo uso de arma de fogo, inclusive com registro de disparos por ela efetuados. (BRASIL, 2019b)

No segundo Habeas Corpus (HC 470.549/TO), de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, não foi reconhecida a existência de situação excecionalíssima e foi determinada a prisão domiciliar. Nesse caso, a ré, que havia sido presa em flagrante por tráfico de drogas, estava sendo investigada pela suposta prática de outros delitos. O magistrado, na primeira instância, negou o pedido de prisão domiciliar, afirmando que seus três filhos eram cuidados pela avó, como restou comprovado nos autos. (BRASIL, 2019a)

O STJ entendeu que a decisão foi errônea. Isso porque a necessidade dos cuidados maternos nos primeiros anos de vida da criança é indiscutível, sendo indispensável a presença física da mãe para o desenvolvimento físico e emocional. A separação excepcionalíssima da mãe, que ocorre com a decretação da prisão, somente pode ocorrer quando violar direitos dos filhos, tendo em vista a força normativa da nova lei que regula o tema. Embora a paciente tenha sido investigada por tráfico, não era reincidente e o fato que deu origem à prisão não ocorreu na residência onde moram os filhos. Além disso, não envolveu atuação de organização criminosa, tanto que foi denunciada apenas pelo crime de tráfico de drogas. Dessa forma, o STJ concluiu que apesar de se tratar do crime de tráfico, deveria haver a concessão da prisão domiciliar tendo em vista o melhor interesse da criança.

Assim, conclui-se que manter a discricionariedade do magistrado se mostra a alternativa mais adequada, tendo em vista que o legislador não consegue prever todas as situações da realidade social, uma vez que apenas duas exceções previstas no artigo 318-A do Código de Processo Penal são incapazes de comportar todas as soluções para os casos concretos. Além disso, a interpretação da norma de maneira restritiva pode representar risco à criança ou ao deficiente, o que é inadmitido, tendo em vista que a proteção deve ser prioritária e integral. (BRASIL, 1941).

Desta maneira, a nova Lei representa um avanço para as gestantes e mulheres com filhos menores ou deficientes que se encontravam encarceradas por apresentar uma solução jurídica efetiva para reverter o encarceramento em massa que era causado por prisões provisórias.

5 CONCLUSÃO

No atual cenário das penitenciárias brasileiras, vive-se a cultura do encarceramento, especialmente quando se trata do crime de tráfico de drogas. Assim, mesmo sendo notória a ineficiência da reclusão como forma de redução das taxas de criminalidade, e com a constante inclusão de dispositivos legais que permitem formas alternativas de execução da pena, o encarceramento continua sendo a solução dada.

A situação fica ainda mais delicada ao inserirmos crianças nesse contexto, que passam a ser aprisionadas junto com suas genitoras ou perdem o vínculo materno, e por consequência, tem seus direitos individuais transgredidos em todos os aspectos, desrespeitando a legislação que garante sua proteção no âmbito integral.

Quando o Marco da Primeira Infância entrou em vigor (Lei 13.257/2016), alterando o Código de Processo Penal para possibilitar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças, cabia à discricionariedade do Poder Judiciário substituir aquela prisão por esta. Ocorre que em aproximadamente metade dos casos esse pedido era indeferido. (COLETIVO DE ADVOGADOS EM DIREITOS HUMANOS, 2017).

Isso porque o encarceramento ocorre de forma seletiva e discriminatória. Abaixo de determinado nível de escolaridade e pobreza, o acesso à Justiça praticamente não se concretiza. Inseridas nesse contexto, mulheres pobres e suas famílias eram destituídas do direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Apesar da substituição da prisão preventiva pela domiciliar não ser direito subjetivo da gestante e da mãe, elas têm outros direitos desrespeitados, não se podendo penalizá-las pela falta de estrutura prisional adequada, sendo inadmissível que cumprissem pena em regime mais gravoso daquele ao qual foram condenadas.

Diante dessa situação, foi impetrado um Habeas Corpus 143.641/SP em 08/05/2017, que apontou como pacientes todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade e das próprias crianças e teve por objeto a conversão de prisão cautelar em prisão domiciliar. (BRASIL, 2018a)

Ao julgá-lo, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão, exceto na hipótese de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes ou, ainda, em outras situações excepcionalíssimas, as quais só poderiam vir a impedir a substituição prisional por meio de fundamentação judicial apropriada. (BRASIL, 2018a)

Ocorre que a solução dada pelo Supremo Tribunal Federal não foi suficiente para resolver a questão. Apesar de ter sido dada a ordem para converter a prisão provisória para a domiciliar, os magistrados continuavam a indeferir o pedido de substituição. A denegação era sempre fundada em situação excepcionalíssima, especialmente quando se tratava do crime de tráfico, que é a principal causa do encarceramento feminino.

Nesse cenário, foi editada a Lei 13.769/18, que além de alterar a LEP, alterou de forma material o Código de Processo Penal, inserindo os artigos 318-A e 318-B, positivando, assim, o entendimento da Suprema Corte. A nova Lei definiu que a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa e não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (BRASIL, 2018e)

A Lei foi de suma importância no sentido de criar parâmetros de interpretação de lei, estabelecendo critérios objetivos e sendo sua não aplicação a exceção, afim de reduzir o encarceramento em massa por meio de prisões provisórias.

O impasse se deu quanto à possibilidade de o magistrado negar a concessão do benefício em caso de situação excepcionalíssima. Se por um lado a decisão do Habeas Corpus garantia essa possibilidade, a nova lei não a positivou, uma vez que ela abria margem para diferentes interpretações do que seria uma “situação excepcionalíssima” e acabava sendo um impeditivo para o enquadramento das mulheres.

O STJ pacificou o seu entendimento no sentido de que a normatização de apenas duas das exceções não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo no *Habeas Corpus* n. 143.641/SP, nos pontos não alcançados pela nova lei. O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Assim, deve prevalecer a interpretação finalística da lei, bem como a proteção no âmbito integral das crianças e pessoas com deficiência.

Dessa forma, a lei 13.769/18 se mostra como um importante passo para solucionar juridicamente a questão das gestantes e mulheres com filhos menores ou

deficientes encarceradas, tendo em vista que busca reverter a cultura do encarceramento e garantir seus direitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018e*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069Compilado.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: atualização - junho de 2016*. 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres*. 2. ed. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Mulheres encarceradas: diagnóstico nacional*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus. *AgRg no HC 426.526/RJ (2017/0307335-4)*. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 12 de fevereiro de 2019b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/678477891/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-426526-rj-2017-0307335-4>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus. *HC 470.549/TO 2018/0247260-3*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 12 de fevereiro de 2019a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/678480137/habeas-corpus-hc-470549-to-2018-0247260-3/inteiro-teor-678480149>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso em Habeas Corpus. *RHC 100.568/SP*. Rel.: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 18 de setembro de 2018b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643665276/recurso-em-habeas-corpus-rhc-102206-ms-2018-0216568-6> Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Decisão Monocrática). Habeas Corpus. *HC 471.503/RJ*. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 13 de novembro de 2018d. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631618802/habeas-corpus-hc-471503-rj-2018-0253688-0>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. *HC 143.641/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 24 de outubro de 2018a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 347/MC DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional*. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600> Acesso em: 22 abr. 2019.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS DO ESTADO DO PARANÁ. *Prisão domiciliar do CPP x Prisão domiciliar da LEP*. 2019. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/03/mesmo-apos-lei-137692018-que.html>. Acesso em: 22 abr. 2019.

CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL. *Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil*. 2007. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

COELHO, Gabriela. *Lewandowski determina acompanhamento de HC coletivo a presas mães*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-24/ministro-cobra-cumprimento-hc-coletivo-presas-filhos>. Acesso em: 22 abr. 2019.

COLETIVO DE ADVOGADOS EM DIREITOS HUMANOS. *Habeas Corpus de presas grávidas e mães de crianças de 12 anos*. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-presas-gravidas-maes-criancas-12-anos.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. *Resolução CNPCP n. 3, de 15 de julho de 2009*. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/formacao-resolucao-cnpccp-no3-de-15-de-julho-de-2009-mulher-encarcerada-e-filhos.doc>. Acesso em: 22 abr. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Breves comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)*. 2018. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/12/20/breves-comentarios-leis-13-76918-prisao-domiciliar-13-77118-feminicidio-e-13-77218-registro-nao-autorizado-de-nudez-ou-ato-sexual/>. Acesso em: 22 abr. 2019.

D'ÁVILA, Maria Clara. *Aprovado Projeto de Lei que garante prisão domiciliar para mães e gestantes*. 2018. Disponível em: <http://ittc.org.br/aprovado-lei-13769-prisao-domiciliar/>. Acesso em: 22 abr. 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (1. Turma). Agravo de Instrumento. *AI 0714683-05.2018.8.07.0000/DF*. Rel.: Carlos Pires Soares Neto. Brasília, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/173168490/processo-n-0707501-0220178070000-do-tjdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FARIAS, Emili Caroline Cota de Jesus. *Maternidade no cárcere*. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62457/maternidade-no-carcere>. Acesso em: 22 abr. 2019.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. *ITTC analisa Infopen Mulheres 2016*. 2018. Disponível em: <https://carceraria.org.br/mulher-encarcerada/ittc-analisa-infopen-mulheres-2016>. Acesso em: 22 abr. 2019.

ISHEY, Karla Tayumi. *A desconstrução da criminalidade feminina*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MILITÃO, Lisandra Paim; KRUNO, Rosimery Barão. Vivendo a gestação dentro de um sistema prisional. *Saúde (Santa Maria)*, Santa Maria, v. 40, n. 1, p.75-84, jan./jul.,

2014. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistasauade/article/download/9180/pdf_1. Acesso em: 22 abr. 2019.

SOARES, B. M.; ILGENFRITZ, I. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

VAN IJZENDOORN, Marinus. *Apego nos primeiros anos de vida (0-5) e seu impacto no desenvolvimento das crianças*. 2005. Disponível em: <http://www.encyclopedia-crianca.com/sites/default/files/textes-experts/pt-pt/2277/apago-nos-primeiros-anos-de-vida-0-5-e-seu-impacto-no-desenvolvimento-das-criancas.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.